

Santiago, dos de mayo de dos mil veintitrés.

**Vistos:**

**A folio 1** comparece **Ciro Colombara López** y **Aldo Díaz Canales**, abogados, quienes recurren de protección en favor de **Claudia Elena del Rosario Pincheira Marisio**, en contra del Ejército de Chile, Fuerza Armada de Chile, y alegan como acto arbitrario e ilegal la dictación de las resoluciones **DIVPER JUR(R) N° 1595/14481/ICA SANTIAGO**, de fecha 23 de diciembre de 2021; y, **DIVPER III/1(R) N° 10300/16993/6517**, de fecha 22 de diciembre de 2021; puestas en conocimiento de la parte recurrente el día 23 de diciembre de 2021, mediante las que se informó la decisión del Ejército de Chile de calcular la gratificación antártica que le corresponde, en base al período de 6 días que habría durado la comisión de servicio de su marido, **Daniel Ortiz Vidal** muerto en accidente aéreo el día 9 de diciembre del año 2019.

Argumenta que le corresponde ser beneficiaria de una pensión de montepío que incluyera la gratificación antártica, la que fue negada por el Ejército, por lo que en su oportunidad dedujo recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones y que se tramitó bajo el Rol N°55142-2020, y si bien fue negada en primera instancia, fue acogida por la Corte Suprema y se ordenó incluir dicha gratificación en el cálculo de la pensión de la recurrente.

Precisa que en la etapa de cumplimiento de dicho fallo, la recurrente tomó conocimiento de los actos recurridos, por medio de los que se informó que se había decidido calcular el monto de la pensión antártica en base a los 6 días en que se habría destinado en comisión



de servicio a su marido fallecido. De este modo, atendido que el señor Ortiz cruzó el paralelo 57° sur el día 9 de diciembre de 2019 la autoridad recurrida consideró que había finalizado su comisión de servicio y cruzado al norte del paralelo 57° sur el día 14 de diciembre de 2019, sin que exista resolución que determine que hubiere sido designado por 6 días a comisión de servicio al sur del paralelo N°57°.

Alega que este nunca logró finalizar su comisión de servicio ni regresar desde el paralelo 57° sur.

Estima que para el cálculo de la pensión de la recurrente, se debió considerar la última remuneración que el señor Ortiz hubiere percibido en los meses que de manera permanente continúa desaparecido, los que incluyen 30 días de gratificación antártica o a lo menos 23 días si se considera que desde el 9 al 31 de diciembre permaneció al sur del paralelo 57° sur.

Explica que por ello, el cálculo en base a 6 días es ilegal e infringe la letra b) del artículo 189 del DFL N°1 y arbitraria por cuanto emana del mero capricho de la autoridad.

En cuanto a la afectación de las garantías fundamentales, indica que se afecta la del artículo **19 N°2 de la CPR**, debido a que en este caso, el cese de la asignación antártica no podía ser considerado de igual manera que en el común de las situaciones, ya que el fallecido nunca regresó del paralelo 57° sur y el artículo **19 N°24 de la CPR**, debido a que el ejército está privando a la recurrente de una parte importante de su gratificación.

Finaliza solicitando se acoja esta acción cautelar, con costas.

**A folio 12** Informando el recurso, el Comandante de la división de personal del ejército, expone que ni al Comandante en Jefe del



Ejército ni a autoridad institucional le ha cabido participación en los hechos denunciados como ilegales.

En primer lugar, opone la excepción de cosa juzgada, atendido lo resuelto con fecha 24-09-2021, que conociendo del recurso de apelación interpuesto en los autos sobre recurso de protección N° 55.142-2020 de la Corte de Apelaciones, acogió el recurso de protección interpuesto. Argumenta que concurre la triple identidad, haciendo presente que en ambos casos el objeto pedido es el reconocimiento de la gratificación antártica y en el otro se pide el pago de la totalidad del beneficio, por lo que existiría comunicabilidad entre ambas peticiones.

Refiere que la sentencia ya recaída en este asunto habría ordenado el pago del beneficio, lo que se habría realizado y la sentencia que así lo ordenó se encuentra ejecutoriada.

En relación a la asignación antártica, expone que al señor Ortiz se le designó en comisión de servicio a la ciudad de Punta Arenas desde el 6 al 13 de diciembre de 2019 y que el día 09-12-2019 se trasladó a la base antártica del ejército sin arribar dado el siniestro durante el trayecto.

Refiere que para el cálculo de la gratificación antártica, se pagó como si el señor Ortiz hubiera permanecido en la Base Antártica del Ejército por los 6 días restantes a su comisión, es decir, desde el 09-12 al 14-12 según la comisión original.

Relata la recurrida que la comisión se entendía realizada por todo el tiempo dispuesto en la designación, que en este caso era desde el 09 al 13 de diciembre de 2019, interpretación que se adoptó



por tener certeza de la duración de los actos administrativos y ser más beneficiosa para la recurrente.

Alega que no existe acto arbitrario o ilegal en el presente caso y que la vía idónea a través de la que la recurrente puede resguardar sus derechos, es la consagrada en el artículo 10 de la ley 19.880.

Por ello, según argumenta, no se cumplen los requisitos para la interposición de esta acción constitucional, además, porque no existiría un derecho indubitado de la recurrente, con lo que se desnaturaliza esta vía cautelar.

En torno a la infracción de las garantías constitucionales, manifiesta que no se verifica en la especie un trato desigual, debido a que el cálculo se aplicó a los tres funcionarios del Ejército fallecidos, siendo más beneficioso que aquél realizado para los funcionarios de la FACH.

En relación a la alegación de la infracción a la garantía del artículo 19 N°24, señala que el recurrente no expresa el modo en que se produce la conculcación, atendido que existió un reconocimiento expreso de parte de la institución.

Por ello, solicita desestimar el recurso, con costas.

Se trajeron los autos en relación.

#### **CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO.**

**Primero:** El recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la



adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

Luego, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia, por un lado, de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él, y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

**Segundo:** Que, en el presente caso, el acto que se tacha de ilegal o arbitrario corresponde a las resoluciones DIVPER JUR(R) N° 1595/14481/ICA SANTIAGO, de fecha 23 de diciembre de 2021; y, DIVPER III/1(R) N° 10300/16993/6517, de fecha 22 de diciembre de 2021; por medio de las cuales la autoridad recurrida dispuso el reconocimiento de la gratificación antártica por un total de seis días, situación que la recurrente cuestiona considerando que no logró finalizar su comisión ni regresar desde paralelo 57°Sur, debiendo considerarse para el cálculo desde que comenzó la comisión hasta el fin de ese mes, lo que hace un total de 23 días.

**Tercero:** Que en relación a la cosa juzgada basta para desestimarla expresar que no se cumple con la triple identidad toda vez que en el recurso de Protección Rol 39539-2021 si bien son las mismas partes, no se configura la causa de pedir pues en el fallo de referencia se solicitó el reconocimiento de la gratificación antártica, lo que le fue dado, pero en el caso de autos el debate se centra en el cálculo de la gratificación, por lo que la alegación de la institución recurrida será rechazada.

**Cuarto:** Que el principio de legalidad o juridicidad impone a todos los órganos públicos, como elemento y condición del Estado de



Derecho, observar el marco que le fija el ordenamiento jurídico, debiendo someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 6 y 7 de nuestra Carta Fundamental, por lo que, en la dictación del acto administrativo impugnado por la presente acción constitucional, la recurrida debe sujetarse a la normativa que regula este tipo de actos.

**Quinto:** Que en seguida, para dilucidar *el quid* del asunto jurídico es necesario determinar si la institución recurrida ha procedido de forma ilegal y/o arbitraria, como se le cuestiona en el recurso. En este punto se hace necesario dejar establecido que la petición de la gratificación antártica fue revisada en la Causa Rol N° 39539-2021, decidiendo la Corte suprema que *“los órganos de la Administración del Estado deberán pagar a la actora la asignación antártica que debería haber percibido su cónyuge fallecido, para el caso de que igual estipendio se encuentre siendo pagado a los beneficiarios del personal de la Fuerza Aérea de Chile fallecido y desaparecido con motivo del accidente sufrido el 9 de diciembre de 2019 por la aeronave C-130 “Hércules” N° FACH 990.”*

En este punto, además, es necesario tener presente que por Resolución Exenta N° 1000/3816/2283 de 26 de noviembre de 2019 se otorgó comisión de servicio a GDB ORTIZ a la ciudad de Punta Arenas, con la finalidad de coordinar la incorporación de reciclaje, bodegas de residuos peligrosos y tratar temas antárticos desde el 06 al 13 de diciembre de 2019, trasladándose el día 09 de diciembre a la Antártica, cuando ocurrió el fatal accidente.

Además consta en Resolución Exenta de fecha 06 de noviembre de 2019, CAAE SECC PERS (P) N° 1080/162354/1041 que se



designó a otro de los fallecidos para concurrir a la Base Antártica a la inauguración de las bodegas de reciclaje.

**Sexto:** Que, es necesario señalar que la acción de protección no es un procedimiento que pudiese utilizarse para obtener cualquier pretensión vinculada a un derecho, sino sólo para reclamar aquellas que necesitasen de una acción inmediata para evitar daños irreparables. En definitiva, como se ve, dada su naturaleza breve y sumarísima, la protección sólo procede respecto de actos u omisiones cuya ilegalidad o arbitrariedad fuesen manifiestas, evidentes; contrario sensu, no procede respecto de actuaciones cuya legalidad o arbitrariedad requiriese de una discusión mayor, especialmente si es necesario rendir prueba para que el tribunal en un procedimiento contradictorio pudiese resolver debidamente el asunto.

**Séptimo:** Que, consecuentemente, constituye requisito indispensable de procedencia de la acción cautelar de protección, la constatación de la existencia de un acto ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, producto del mero capricho de quien incurre en él, que provoque alguna de las situaciones que se ha indicado y que afecte, además, una o más de las garantías constitucionales protegidas por el citado artículo 20 de la Carta Fundamenta.

**Octavo:** Que la institución castrense, en lo que nos convoca, cumplió lo ordenado en el fallo de la Corte Suprema y en relación a la controversia en torno a los días para el cálculo de la gratificación antártica que debía pagarse a la recurrente, consideró el plazo en atención a que el accidente se produjo el 9 de diciembre de 2019 hasta el 14 de diciembre del mismo año, por cuanto la duración de la comisión de servicio duraba 6 días.



En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 189 del DFL N° 1 *“el personal que cumpla comisiones de servicio al sur del paralelo 57° Sur, gozará de una gratificación ascendente al 260%, la que será incompatible con la asignación de zona”*.

**Noveno:** En consecuencia, la Corte no advierte medida que adoptar, toda vez que conforme lo antedicho, no existe un actuar arbitrario o ilegal y la resolución que ordena el reconocimiento por los seis días de la comisión de servicio, no hace más que materializar lo ordenado por la Corte Suprema la que si bien no ordenó un plazo, considerar la gratificación antártica por los días que duraba la comisión de servicios no aparece como carente de fundamentos o mero capricho de la autoridad castrense, por cuanto los emolumentos se perciben mientras éstas duran y la comisión era por seis días.

Así, si bien el destino de la comisión era a la Ciudad de Punta Arenas, el objetivo era para inauguración de bodegas de reciclaje en la Base Antártica, comisión de carácter transitoria y no destinación, por lo que la Resolución Exenta que le reconoce la gratificación antártica por 260% a partir del 9 de diciembre y aquella que ordena el cese el 14 del mismo mes y año no se observan arbitrarias o ilegales.

**Décimo:** Que, atendido lo reflexionado en los motivos precedentes, resulta innecesario entrar al análisis de las garantías constitucionales que se indica como vulneradas teniendo presente lo resuelto precedentemente, por lo que el recurso será desestimado.

Por las consideraciones expuestas, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara:





I.- Que, se **rechaza** el recurso de protección deducido por Ciro Colombara López y Aldo Díaz Canales, abogados, quienes recurren de protección en favor de Claudia Elena del Rosario Pincheira Marisio, en contra del Ejército de Chile.

II.- Que, no se condena en costas a la recurrente.

Redacción a cargo de la ministra suplente Isabel Margarita Zúñiga Alvaayay.

**Regístrese, comuníquese, y archívese, en su oportunidad.**

**Rol N° 485-2022.**

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma la ministra señora Merino, por ausencia.



Pronunciado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Suplente Isabel Margarita Zuñiga A. y Abogado Integrante Oscar Torres Z. Santiago, dos de mayo de dos mil veintitrés.

En Santiago, a dos de mayo de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>